

## University of Groningen

### Bemiddelen bij bestuursrechtelijke conflicten

Tolsma, Hanna

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2008

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Tolsma, H. (2008). *Bemiddelen bij bestuursrechtelijke conflicten: Vormt het specialiteitsbeginsel een knelpunt voor bemiddelend bestuur?*.

#### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## Bemiddelen bij bestuursrechtelijke conflicten

Vormt het specialiteitsbeginsel een knelpunt voor bemiddelend bestuur?

*Bij bestuurlijke besluitvorming wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van bemiddeling om bestuursrechtelijke conflicten te voorkomen of te beëindigen. Over een oplossing van een conflict kunnen bestuur en burger onderhandelen en afspraken maken. Het bestuur moet daarbij rekening houden met formele aspecten, zoals de vertegenwoordiging van het bestuur en de vastliggende termijnen voor de besluitvorming. Het materiële recht moet eveneens ruimte bieden om rechtsgeldig overeenstemming te bereiken. In deze bijdrage is de aandacht gericht op de grenzen vanwege het specialiteitsbeginsel. Op grond van het specialiteitsbeginsel is het bestuur niet vrij om alle mogelijke belangen bij de besluitvorming te betrekken. De beperkte belangenafweging bij besluitvorming staat haaks op één van de belangrijkste uitgangspunten van mediation. Een uitgangspunt van mediation is dat alle aspecten van een conflict bij de onderhandelingen over een oplossing worden betrokken, ook de belangen die voor de besluitvorming niet relevant zijn. Aan de hand van twee praktijkvoorbeelden van geslaagde mediation wordt gezien in hoeverre het specialiteitsbeginsel een belemmering vormt voor het bemiddelende bestuur.*

### 1. Inleiding

Met bemiddelend bestuur wordt in deze bijdrage bedoeld dat het bestuur bij de besluitvorming een conflictoplossingsgerichte benadering volgt. Bij bemiddeling is de aandacht niet gericht op het besluit, maar staat het zoeken naar een oplossing voor het conflict centraal.<sup>1</sup> Dit in tegenstelling tot een formele benadering waarbij de nadruk ligt op de rechtmatigheid van een beslissing. Bij besluitvorming kan op verschillende manieren worden bemiddeld. De behandelende ambtenaar of een betrokken bestuurder kan bij een conflict met een burger over een besluit aansturen op een oplossing. Daarnaast kan het bestuur een mediator inschakelen. Een mediator is een onafhankelijke derde die volgens een specifieke methode partijen ondersteunt bij het vinden van een oplossing.<sup>2</sup> Een voordeel van bemiddeling is dat wanneer een conflict door partijen onder elkaar wordt opgelost, gerechtelijke procedures kunnen worden voorkomen en besluiten sneller kunnen worden uitgevoerd. De kosten van het voeren van een gerechtelijke procedure, en de tijd die met een procedure gemoeid is, blijven het bestuur en de betrokken burger bespaard. Het herstel van het vertrouwen van burgers in de overheid is eveneens een meerwaarde van bemiddeling.<sup>3</sup> Bemiddeling wordt toegepast op zeer diverse beleidsterreinen, zoals het ambtenarenrecht, het fiscale recht, het socialezekerheidsrecht en het omgevingsrecht.<sup>4</sup> Zelfs bij de behandeling van vreemdelingrechtelijke zaken wordt ervaring opgedaan met bemiddeling.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, 'Naar een andere aanpak van bezwaarschriften', *NJB* 2007, p. 1151; A.F.M. Brenninkmeijer, 'Conflictbemiddeling in het bestuursrecht', in: I.C. van der Vlies & S. Pront-van Bommel (red.), *Van toetsing naar bemiddeling*, Deventer: Kluwer 1997, p. 63-66.

<sup>2</sup> Zie over de uitgangspunten van het mediationproces: G.R.A. Apol e.a. (red.), *Praktijkgids Mediation 2007*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2006.

<sup>3</sup> Jaarverslag Nationale ombudsman 2005, p. 75.

<sup>4</sup> Zo hebben mediationprojecten plaatsgevonden bij o.a. de belastingdienst, het UWV, de provincies Groningen en Overijssel en de gemeente Zwolle.

<sup>5</sup> Zie *IND Context* 03/2007, p. 23.

De aanwezigheid van onderhandelingsruimte is een belangrijk criterium voor het bestuur bij de beslissing om in een concreet geval al dan niet met de belanghebbende om de tafel te gaan zitten.<sup>6</sup> Volgens sommige juristen valt er in het bestuursrecht weinig te onderhandelen. Deelgebieden van het bestuursrecht, zoals het omgevingsrecht, zijn in vergaande mate gejuridificeerd en bestuursrechtelijke normen zijn vaak van dwingende aard. Het bestuur is bij onderhandelingen met een burger gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel. “Mediation mooi, maar in het bestuursrecht kan dat niet.”<sup>7</sup> Ook het specialiteitsbeginsel, dat in deze bijdrage centraal staat, lijkt een belemmering te vormen voor het bemiddelende bestuur. Kunnen belangen die gelet op het specialiteitsbeginsel geen rol mogen spelen bij de besluitvorming, betrokken worden bij de onderhandelingen over een oplossing voor een conflict? Om deze vraag te beantwoorden wordt allereerst aandacht besteedt aan de uitleg van het specialiteitsbeginsel in literatuur en jurisprudentie (par. 2). Vervolgens worden twee praktijkvoorbeelden beschreven waarbij mediation succesvol is beëindigd met een vaststellingsovereenkomst. Gekozen is voor voorbeelden waarbij het conflict betrekking heeft op een besluit op het gebied van de leefomgeving en waarbij meerdere belanghebbenden met tegenstrijdige belangen bij het conflict zijn betrokken. De verwachting is dat juist bij deze gevallen het specialiteitsbeginsel een knelpunt vormt voor het bemiddelende bestuur (par. 3). Daarna volgt een beoordeling van de praktijkvoorbeelden in het licht van het specialiteitsbeginsel (par. 4). Deze beoordeling geeft tevens inzicht in de onderhandelingsruimte bij bestuursrechtelijke conflicten (par. 5). Naar aanleiding van de praktijkvoorbeelden rijst nog een geheel andere vraag: waarom bemiddelen (par. 6)? De bijdrage wordt afgesloten met enkele slotopmerkingen (par. 7).

## 2. De uitleg van het specialiteitsbeginsel in literatuur en jurisprudentie

De onderhandelingsruimte van het bestuur bij het nemen van een besluit wordt doorgaans gekoppeld aan de aanwezigheid van keuzevrijheid bij de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid. Beschikt het bestuur over beleidsvrijheid, dan wordt aangenomen dat in beginsel onderhandelingsruimte bestaat.<sup>8</sup> Waar ruimte is om belangen af te wegen, bestaat ook ruimte om over belangen te onderhandelen. In de literatuur bestaat discussie over de wijze waarop het specialiteitsbeginsel moet worden uitgelegd.<sup>9</sup> In deze paragraaf wordt bezien wat het verschil in uitleg betekent voor de

<sup>6</sup> Naast de onderhandelingsruimte bestaan nog andere criteria aan de hand waarvan de geschiktheid van een conflict voor bemiddeling wordt bepaald. Zie K.J. de Graaf, A.T. Marseille & M. Herwijer, *Mediation in bezwaar. Evaluatie mediationproject Provincie Overijssel*, Groningen: vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde, Rijksuniversiteit Groningen 2003, p. 33-34 of A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek mediation*, De Haag: Sdu 2003, p. 206-207.

<sup>7</sup> Zie D. Allewijn, ‘Mediation en de vredestichtende ambitie van rechtspraak’, *Trema* 2006, p. 247-251. Het citaat geeft de mening weer van enkele bestuursrechters over het gebruik van mediation bij bestuursrechtelijke conflicten.

<sup>8</sup> O.a. M. Vroemen & D. Allewijn, ‘Tijd voor mediation in het bestuursrecht’, *TMD* 2005, p. 33; A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Mediation als middel voor effectieve en efficiënte conflictoplossing in het bestuursrecht’, *NTB* 2004, p. 217; K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden en consequenties van schikken in bestuursrechtelijke procedures* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2004, p. 68.

<sup>9</sup> De verschillende opvattingen zijn behandeld door o.a. R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel: over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maas-

onderhandelingsruimte van het bestuur. Aan welke uitleg moet de voorkeur worden gegeven bij bemiddelend bestuur? Aandacht wordt besteed aan de verschillende opvattingen in de literatuur (par. 2.1) en de wijze waarop het specialiteitsbeginsel in de jurisprudentie wordt uitgelegd (par. 2.2).

## 2.1 Preciezen en rekkelijken

De belangen die in het belangenafwegingsproces een rol kunnen spelen, worden over het algemeen onderscheiden in algemene belangen en particuliere belangen.<sup>10</sup> De algemene belangen worden vervolgens onderverdeeld in het *specifieke publiekrechtelijke belang* dat de betrokken regeling beoogt te beschermen en *vreemde publiekrechtelijke belangen*. Met de vreemde publiekrechtelijke belangen worden de algemene belangen bedoeld die in een andere wettelijke regeling worden beschermd. De particuliere belangen worden onderverdeeld in de belangen van de direct-belanghebbende en belangen van derden.

Aanhangers van de precieze stroming leggen het specialiteitsbeginsel strikt uit. De bestuurlijke belangenafweging is volgens deze opvatting beperkt tot het specifieke belang dat de betrokken publiekrechtelijke regeling beoogt te beschermen. Dat specifieke algemene belang dient afgewogen te worden tegen de betrokken belangen van de direct-belanghebbende. Belangen van derden die niet samenvallen met het specifieke algemene belang en vreemde algemene belangen kunnen volgens deze visie geen rol spelen in het belangenafwegingsproces. Een precieze uitleg van het specialiteitsbeginsel lijkt dan ook moeilijk te verenigen met het uitgangspunt van mediation dat alle belangen bij de onderhandelingen over een oplossing moeten worden betrokken. Het meewegen van vreemde publiekrechtelijke belangen is volgens de preciezen niet gewenst om reden van efficiency, rechtsbescherming en rechtszekerheid.<sup>11</sup> Dat particuliere belangen van derden niet beschermd mogen worden als deze belangen niet samenvallen met het specifieke publieke belang, heeft te maken met de scheiding tussen het bestuursrecht en het privaatrecht. Het beschermen van dergelijke private belangen van derden in vergunningvoorschriften staat op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel en het specialiteitsbeginsel.<sup>12</sup>

De rekkelijken zijn voorstanders van een ruime belangenafweging. Volgens de rekkelijke uitleg van het specialiteitsbeginsel dienen in beginsel alle belangen bij een besluit in de bestuurlijke belangenafweging te worden betrokken. Dit betekent dat naast het specifieke algemene belang en de belangen van de direct-belanghebbende ook vreemde algemene belangen en belangen van derden in de belangenafweging een rol kunnen spelen. De rekkelijke uitleg van het specialiteitsbeginsel sluit aan bij het uitgangspunt van mediation inhoudende dat alle belangen bij de onderhandelingen over een oplossing worden betrokken. Volgens een rekkelijke uitleg wordt het bestuur bij besluitvorming niet belemmerd door de 'schotten' met andere publiekrechtelijke regelingen of met het privaatrecht. Brenninkmeijer pleit met het oog op de ontwikkeling van het gebruik van bemiddeling in de praktijk van het bestuursrecht daarom

---

tricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 203-251; A. van Hall, *Het specialiteitsbeginsel in het waterstaatsrecht. Over kringen van belangen* (oratie Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 26-58.

<sup>10</sup> L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: BJu 2005, p. 403-404.

<sup>11</sup> F.A.M. Stroink & B.W.N. de Waard, 'Het specialiteitsbeginsel', in: M.C.B. Burkens & R. Crince Le Roy (red.), *Burger en Overheid* (Steenbeek-bundel), 's Gravenhage: Vuga 1984, p. 244-245.

<sup>12</sup> Schlössels 1998, p. 366-369; J.H.W. de Planque, 'De mogelijkheden van administratieve rechters en de Kroon om het bestuur tot schadevergoeding te veroordelen', in: N.S.J. Koeman & J.H.W. de Planque, *Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter* (VAR-reeks 102), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 26-27.

voor een ruime benadering van het belangenafwegingsproces.<sup>13</sup> Doelmatigheid van het bestuursoptreden is het belangrijkste argument voor een rekkelijke uitleg van het specialiteitsbeginsel.<sup>14</sup>

## 2.2 De jurisprudentie: overwegend een gematigde uitleg

Uit onderzoek is gebleken dat in de jurisprudentie de *gematigde uitleg* van het specialiteitsbeginsel overheerst.<sup>15</sup> De gematigden nemen als uitgangspunt dat particuliere belangen van derden betrokken kunnen worden in het besluitvormingsproces, tenzij de belangen in een andere publiekrechtelijke regeling worden beschermd of blijkt dat de wetgever de belangen buiten de belangenafweging heeft willen houden.<sup>16</sup> Hoewel een rekkelijke uitleg van het specialiteitsbeginsel het best lijkt aan te sluiten bij bemiddelend bestuur, gaat mijn voorkeur daar niet naar uit. Het doelmatigheidsargument van de rekkelijken kan mijns inziens niet rechtvaardigen dat bij besluitvorming minder betekenis wordt toegekend aan het specialiteitsbeginsel. Ik zie ook geen reden om bij bemiddelend bestuur een uitleg het specialiteitsbeginsel te hanteren die afwijkt van de reguliere uitleg in de jurisprudentie.

Ondanks de overwegend gematigde koers van de Afdeling bestuursrechtspraak blijft de jurisprudentie echter wisselend. Zo nu en dan wordt in de rechtspraak toch een rekkelijke benadering van het specialiteitsbeginsel gevolgd.<sup>17</sup> Een mogelijke verklaring voor het volgen van een rekkelijke uitleg is dat burgers een integrale belangenafweging van het bestuur verwachten.<sup>18</sup> Voor een burger die bijvoorbeeld een bepaalde activiteit wil verrichten en daarvoor meerdere vergunningen nodig heeft, roept de ‘verkokering’ van wetgeving vaak onbegrip en weerstand op. Voorgenomen wetgeving, zoals de Wet samenhangende besluiten Awb en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, beogen aan de gewenste integrale behandeling tegemoet te komen.<sup>19</sup> Ook bij bestuursrechtelijke conflicten waarbij een burenruzie de achtergrond van het conflict vormt, verwachten de betrokken burgers soms een beslissend oordeel van het

---

<sup>13</sup> A.F.M. Brenninkmeijer, ‘ADR in het bestuursrecht’, in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler* (Drupsteen-bundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 61-62.

<sup>14</sup> O.a. H.D. Stout, ‘Doelmatige bestuurlijke belangenafweging: een speciaal terrein’, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 241.

<sup>15</sup> R.J.N. Schlössels, ‘Het specialiteitsbeginsel. Een verkenning van recente rechtspraak’, *JBplus* 2001, p. 33-47; A. van Hall, ‘Belangenafweging in de wet op de fysieke omgeving’, in: A. Driesprong e.a., *Lex aquarum, Liber amicorum. Opstellen over waterstaat, waterstaatswetgeving en wetgeving, opgedragen aan J.H.A. Teulings*, Den Haag: Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2000, p. 146-151.

<sup>16</sup> Damen e.a. 2005, p. 408-409; H.D. Van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2005, p. 300-301. De richtinggevende uitspraak is: ABRvS 1 april 1996, *JB* 1996, 155 m.nt. R.J.N.S.; *BR* 1996, 908 m.nt. H.J. de Vries (Duivenhok Rheden). Deze uitspraak is overigens ook in overeenstemming met de precieze uitleg en in de meeste gevallen leidt de benadering van de preciezen en de gematigden tot dezelfde uitkomst (zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 301, noot 99).

<sup>17</sup> ABRvS 4 augustus 2004, *JB* 2004, 321; ABRvS 4 maart 2004, *BR* 2004, 417; ABRvS 11 december 2002, *Gst.* 2003, 86 m.nt. A.G.A. Nijmeijer; ABRvS 11 december 2002, *Gst.* 2003, 79 m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

<sup>18</sup> Zie De Waard in zijn noot onder ABRvS 18 april 2002, *AB* 2003, 57 en Van Hall in zijn noot onder ABRvS 12 maart 1999, *AB* 1999, 213. Andere mogelijke verklaringen voor de rekkelijke jurisprudentie is dat het bestuur bij het nastreven van beleidsdoelstellingen het verbod van détournement de pouvoir uit het oog kan verliezen. Daar komt bij dat het voor het bestuur lastig kan zijn om het belangenkader van een specifieke wet in beeld te brengen, vanwege de complexiteit van het systeem van bestuurswetgeving (zie Schlössels 2001, p. 33).

<sup>19</sup> Zie Kamerstukken II 2006/2007, 30 980, nr. 1-2 (Wet samenhangende besluiten Awb); Kamerstukken II 2006/2007, 30 844, nr. 3 (Wet algemene bepalingen omgevingsrecht).

bestuur in het conflict. Het is voor deze burgers dan moeilijk te begrijpen dat het bestuur geen aandacht schenkt aan het conflict, maar het enkel de aandacht richt op de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit.

Gelet op het bovenstaande rijst de vraag of bij onderhandelingen in het kader van bemiddeling de gewenste integrale aanpak van een conflict mogelijk is, zonder de rekkelijke uitleg van het specialiteitsbeginsel. Is de onderhandelingsruimte bij bemiddeling beperkt tot het wettelijke kader van het (bestreden) besluit, of kunnen bij de onderhandelingen ook aspecten worden betrokken die geen rol mogen spelen bij de besluitvorming?

### **3. Praktijkvoorbeelden van succesvolle bemiddeling**

Als partijen bij bemiddeling er samen uitkomen, wordt het geschil in beginsel niet meer aan de rechter voorgelegd. De jurisprudentie biedt dan ook weinig zicht op wat voor afspraken bij bemiddeling tussen bestuur en burger zoal gemaakt worden. Om na te kunnen gaan hoe in de praktijk van bemiddeling wordt omgegaan met de mogelijke knelpunten van het specialiteitsbeginsel, worden daarom twee voorbeelden beschreven waarin mediation is toegepast en succesvol is beëindigd met een vaststellings-overeenkomst tussen partijen. De voorbeelden zijn afkomstig uit dossieronderzoek bij de rechtbank Zwolle en bij de provincie Overijssel.<sup>20</sup> Eerst wordt het conflict beschreven en vervolgens de uitkomst van mediation.

#### **3.1 Bouwvergunning voor een nieuwe woning**

Het college van B&W verleent een bouwvergunning voor de bouw van een woning. De burens aan weerszijden van de aanvrager van de bouwvergunning maken tegen de verleende bouwvergunning bezwaar. Daarnaast wordt een verzoek om voorlopige voorziening ingediend bij de rechtbank. De burens hebben een aantal bezwaren. Volgens hen is realisering van het bouwplan binnen de perceel grens van de aanvrager niet mogelijk omdat de maten van de perceel grens in het bouwplan niet kloppen. Uitvoering van het bouwplan leidt tot overschrijding van de perceel grens. Een ander bezwaar is dat de burens door de bouw van de woning uitzicht en privacy verliezen. Daarnaast wordt gevreesd voor verminderde lichtinval. In het bezwaarschrift geven beide burens aan dat ze bereid zijn om in goed overleg tot een oplossing te komen, maar dat de aanvrager tot nog toe elk verzoek daartoe heeft afgewezen. Tijdens de behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening stelt de voorzieningenrechter voor om het geschil onder leiding van een mediator te behandelen. Het college van B&W, de aanvrager van de bouwvergunning en de beide burens stemmen met dit voorstel in.

Na bemiddeling wordt de tussen partijen bereikte overeenstemming vastgelegd in een overeenkomst. Hierbij zijn het college van B&W, de aanvrager en beide burens contractpartij. In de overeenkomst zijn de volgende afspraken opgenomen. De architect van de aanvrager zal in het kadaster nagaan waar de perceel grens van het te bebouwen stuk grond precies ligt. De aanvrager zegt toe het bouwplan binnen de kadastrale grenzen te zullen uitvoeren. Ter compensatie van het verlies van uitzicht, privacy en lichtinval wordt door de aanvrager aan één van de burens aangeboden om een slaap-

---

<sup>20</sup> Bij de rechtbank Zwolle wordt mediation toegepast hangende de gerechtelijke fase en niet bij besluitvorming. Het voorbeeld is echter bruikbaar aangezien de aandacht in deze bijdrage is gericht op de bereikte overeenstemming.

kamerraam te plaatsen. Bij de buurman aan de andere kant wordt een dakraam geplaatst. Daarnaast betaalt de aanvrager aan de burens € 1850 als gevolg van de kosten die gemaakt zijn in verband met het voeren van de procedures. De ambtenaar van de gemeente zal aan het college van B&W een voorstel formuleren over een proceskostenvergoeding. Als deze afspraken worden nagekomen zullen de burens geen aanspraak meer maken op schadevergoeding ter zake van hun woningen. Na ondertekening van de overeenkomst zullen de burens alle lopende procedures intrekken.

### **3.2 Deelplan waterschap: vervanging ophaalbrug**

Het waterschapsbestuur stelt een plan vast inhoudende de wijziging van de inrichting van een gebied rond een kanaal. Een klein onderdeel van het plan heeft betrekking op de vervanging van een ophaalbrug. Tegen dit onderdeel van het plan stelt een omwonende administratief beroep in bij GS. De insteller van het beroep vreest dat met de vervanging van de brug het landschap zal worden aangetast. Met de nieuwe brug zal een ontsluiting ontstaan naar zijn perceel. Een andere ontsluitingsweg, die toegang geeft naar de Rijksweg, wordt dan waarschijnlijk afgesloten, waardoor hij dagelijks een aantal kilometers moet omrijden naar zijn werk. Tijdens de hoorzitting in het kader van de behandeling van het administratief beroep komen partijen overeen om het conflict onder begeleiding van een mediator te behandelen. Omdat de bezwaren van de omwonende mede betrekking hebben op de mogelijke afsluiting van een ontsluiting naar de rijksweg, wordt een vertegenwoordiger van Rijkswaterstaat ook bij de mediation betrokken.

In de overeenkomst die door alle betrokken partijen is ondertekend, is het volgende vastgesteld. De minister van Verkeer en Waterstaat zal het gebruik van de ontsluiting naar de rijksweg door de particulier een aantal jaren gedogen. Na afloop van deze termijn wordt de ontsluiting afgesloten. De bezwaarmaker zal onderzoek doen naar de mogelijke schade ten gevolge van het sluiten van de oprit (waardedaling van zijn landgoed en economische schade door het dagelijks omrijden). Indien hij besluit om deze schade op een derde te verhalen, kan hij rekenen op alle kennis en informatie van Rijkswaterstaat met betrekking tot dit dossier. Daarnaast zijn afspraken opgenomen ten aanzien van het ontwerp van de brug. Het waterschapsbestuur zal de brug zodanig ontwerpen dat zij geen uitnodigend karakter heeft: er worden optische breedtebeperkingen toegepast en er komt een bord met toegangsbeperkingen. Gedurende de ontwerpfasen zal het waterschap de insteller van het beroep zoveel mogelijk informeren over de voortgang. Ook zal het waterschapsbestuur zich inspannen om het ontwerp zoveel mogelijk tegemoet te laten komen aan ieders belangen. Met de ondertekening van de overeenkomst trekt de insteller van het beroep zijn beroepschrift in.

## **4. Beoordeling praktijk in het licht van het specialiteitsbeginsel**

In het voorbeeld *Bouwvergunning voor een nieuwe woning* hebben de bezwaren van de buurman betrekking op de vrees voor aantasting van het woon- en leefklimaat en de eigendomssituatie. Gelet op het gebonden wettelijke kader van art. 44 Woningwet mag het bestuur bij het nemen van het besluit over de bouwvergunning met deze aspecten geen rekening houden.<sup>21</sup> Het meewegen van particuliere belangen van derden

<sup>21</sup> Zie: ABRvS 25 januari 2006, AB 2006, 75 m.nt. TN; ABRvS 25 mei 2005, ABkort 2005, 420; ABRvS 18 mei 2005, BR 2005, 1013 m.nt. J. in 't Hout; ABRvS 16 december 1997, BR 1998, 390; ABRvS 23 april 1982, AB 1982, 460.

bij de besluitvorming vormt een discussiepunt bij de uitleg van het specialiteitsbeginsel. Het beschermen van particuliere belangen, die niet samenvallen met het specifieke algemene belang is problematisch vanwege de scheiding tussen het bestuursrecht en het privaatrecht. Was er in dit geval geen bemiddeling toegepast, dan had het bestuur een beslissing op bezwaar moeten nemen en daarin de bezwaren van de buurman tegen de verleende bouwvergunning ongegrond moeten verklaren. Gelet op het specialiteitsbeginsel en het wettelijke kader van de Woningwet beschikt het bestuur niet over ruimte om te onderhandelen over de bouwvergunning. Is de uitkomst van mediation in strijd met het specialiteitsbeginsel? Naar mijn oordeel is dat niet het geval. De oplossing van het conflict heeft geresulteerd in civielrechtelijke afspraken tussen burgers. Bij de onderhandelingen in het kader van bemiddeling blijkt de aanvrager bereid te zijn om zijn buurman compensatie aan te bieden voor het verlies aan uitzicht, privacy en lichtinval en om onderzoek te laten uitvoeren naar de perceel grens.

Het voorbeeld *Deelplan waterschap: vervanging ophaalbrug* laat zien hoe het bestuur vreemde algemene belangen betreft bij de onderhandelingen in het kader van bemiddeling. Volgens de gematigde uitleg van het specialiteitsbeginsel is het bestuur niet bevoegd om bij de besluitvorming vreemde algemene belangen te betrekken. In het bovengenoemde voorbeeld had de belanghebbende bezwaar gemaakt tegen een onderdeel van een deelplan van het waterschap. De bezwaarmaker vreest dat met de vervanging van een ophaalbrug een ontsluitingsweg waar hij dagelijks gebruik van maakt, zou worden afgesloten. Het bestuur is niet bevoegd om bij de beoordeling van het deelplan in administratief beroep het aspect van de ontsluitingsweg te betrekken omdat bij de besluitvorming alleen waterstaatkundige belangen een rol mogen spelen. Aangezien het waterschapbestuur niet bevoegd is ten aanzien van de ontsluitingsweg, wordt een vertegenwoordiger van de minister van Verkeer en Waterstaat bij de onderhandelingen betrokken. Op deze manier kan bij het zoeken naar een oplossing voor het conflict over het deelplan van het waterschap ook rekening worden gehouden met belangen die bij het besluit over het deelplan geen rol mogen spelen.

Uit beide voorbeelden volgt dat het bestuur bij bemiddeling belangen kan betrekken die gelet op het specialiteitsbeginsel geen rol mogen spelen bij de besluitvorming. Private belangen van derden kunnen worden betrokken bij de onderhandelingen over een oplossing. Strijd met het specialiteitsbeginsel wordt voorkomen door aan te sturen op een oplossing in de civielrechtelijke rechtsverhouding tussen particulieren. Bij bemiddeling kan ook worden onderhandeld over vreemde algemene belangen. Voorwaarde is dat de bevoegdheidsverdeling tussen verschillende bestuursorganen niet wordt doorkruist. Voordat met bemiddeling wordt gestart, moet daarom onderzocht worden welke besluiten bij het conflict een rol spelen en of er nog andere bestuursorganen bij betrokken zijn.<sup>22</sup> Als verschillende bestuursorganen verantwoordelijk zijn voor de uitoefening van de betreffende bevoegdheid, dan moeten deze allemaal bij de onderhandelingen worden betrokken.

## **5. Onderhandelingsruimte bij bestuursrechtelijke conflicten**

Onduidelijkheid over de beschikbare onderhandelingsruimte kan een reden zijn om maar niet te bemiddelen.<sup>23</sup> De onderhandelingsruimte bij bestuursrechtelijke conflicten wordt naar mijn smaak te beperkt opgevat indien daaronder enkel de voor het bestuur beschikbare beleidsvrijheid bij het nemen van het besluit wordt verstaan.

<sup>22</sup> Brenninkmeijer e.a. (red.)2003, p. 240; L.F. Wiggers-Rust (red.), *Mediation: een nieuw instrument in het speelveld van milieu en ruimtelijke ordening*, Den Haag, BJu 1999, p. 48-49.

<sup>23</sup> Zie M.A. Pach, 'Mediation in het omgevingsrecht: gegevens en ervaringen', *BR* 2005, p. 104.



Zo beschikte het bestuur in het voorbeeld *Bouwvergunning voor een nieuwe woning* niet over beleidsvrijheid. Dat betekent echter niet dat er bij bemiddeling geen ruimte is om te onderhandelen. Uit het bovenstaande blijkt dat het specialiteitsbeginsel geen belemmering behoeft te vormen voor het betrekken van allerlei aspecten van een conflict bij de onderhandelingen over een oplossing. Het is aan het bestuur om te bezien in hoeverre een oplossing publiekrechtelijk gerealiseerd kan worden. Het is denkbaar dat bij bemiddeling afspraken worden gemaakt over een nieuw te nemen besluit. Stel dat in het voorbeeld een nieuwe bouw aanvraag nodig was geweest, dan had het bestuur rechtmatig kunnen toezeggen om medewerking te verlenen aan een nieuwe bouwvergunning. Verder kunnen afspraken tussen bestuur en burger ook betrekking hebben op de bij het conflict betrokken feiten.<sup>24</sup> Naast de ruimte van het bestuur om te onderhandelen over publiekrechtelijke bevoegdheden, beschikt het bestuur ook over ruimte om met burgers civielrechtelijke afspraken te maken.<sup>25</sup> Hierbij kan ook gedacht worden aan afspraken met burgers in de bejegening sfeer, bijvoorbeeld over de wijze waarop partijen in de toekomst zullen communiceren.

De onderhandelingsruimte van het bestuur is vanzelfsprekend niet onbeperkt. Het bestuur kan bijvoorbeeld geen afspraken maken over een publiekrechtelijke bevoegdheid die door een ander bestuursorgaan wordt uitgeoefend. Het bestuur is op grond van het specialiteitsbeginsel ook niet bevoegd om publiekrechtelijke medewerking aan een besluit, afhankelijk te stellen van een voorwaarde in een overeenkomst die betrekking heeft op een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is gegeven.<sup>26</sup> Zo had het bestuur in het voorbeeld *Bouwvergunning voor een nieuwe woning* de medewerking aan een nieuwe bouwvergunning, niet afhankelijk mogen stellen van de voorwaarde dat de aanvrager bij de buurman een dakraam plaatst ter compensatie van het verlies aan uitzicht en privacy. Dat zou in strijd zijn met het verbod van détournement de pouvoir dat is vastgelegd in art. 3:3 Awb.

Een ander punt van aandacht is dat de wettelijk vastgelegde besluitvormingsprocedures door het bestuur niet omzeild kan worden door het maken van afspraken. De totstandkoming van een overeenkomst ontslaat het bestuur niet van de verplichting om op grond van art. 3:4 Awb bij het nemen van het besluit alle betrokken belangen mee te wegen; ook de belangen van derden die niet bij de onderhandelingen in het kader van de bemiddeling zijn betrokken. Een derde-belanghebbende behoudt het recht om in bezwaar en beroep te gaan tegen een besluit dat op basis van de gevonden oplossing genomen is. Zo is een (voormalig) werkgever niet gebonden aan de tussen werknemer en het UWV gesloten vaststellingsovereenkomst in een mediation procedure waarbij de werkgever geen partij is geweest.<sup>27</sup> Voor de bij mediation betrokken partijen bestaat dan ook het risico dat een besluit genomen op basis van de overeenkomst niet in stand kan blijven. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 30 mei 2007.<sup>28</sup> In deze zaak verzocht een derde het bestuur om handhaving middels bestuursdwang, om een einde te maken aan illegale motorcrossactiviteiten. De derde was betrokken bij mediation, maar kon zich niet verenigen met de overeenkomst tussen het bestuur en de overtreder, welke strekte tot reali-

---

<sup>24</sup> De Graaf 2004, p. 68-69.

<sup>25</sup> Vgl. ABRvS 11 maart 1998, AB 1998, 270 m.nt. AvH.

<sup>26</sup> HR 3 april 1998, NJ 1998, 588 m.nt. ARB (Alkemade/Hornkamp).

<sup>27</sup> Zie Rb.'s-Hertogenbosch 3 april 2008, LJN BC9943. De rechtbank oordeelt dat een werkgever niet is gebonden aan de tussen werknemer en het UWV gesloten vaststellingsovereenkomst in een mediation procedure waarbij de werkgever geen partij is geweest.

<sup>28</sup> ABRvS 30 mei 2007, LJN BA5953.

sering van een nieuw circuit op een andere locatie binnen enkele jaren. Het bestuur achtte het, mede in verband met de bereikte overeenstemming, niet opportuun om over te gaan tot toepassing van bestuursdwang. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt in deze zaak dat de overeenkomst geen bijzondere omstandigheid oplevert op grond waarvan kan worden afgezien van handhaving, nu deze niet strekt tot beëindiging van de illegale situatie binnen een concrete en korte termijn. Verder zijn de milieubelangen en belangen van derden niet kenbaar bij de besluitvorming betrokken. Aan de omstandigheid dat de derde betrokken is geweest bij het mediationtraject kan geen doorslaggevende betekenis worden toegekend. Overigens is het ook denkbaar dat partijen na een succesvolle bemiddeling zelf vrolijk verder procederen.<sup>29</sup>

Tot slot dient te worden opgemerkt dat het bestuur bij het sluiten van een overeenkomst de normen die zijn opgenomen in het Burgerlijk Wetboek in acht dient te nemen. Verschillende bestuursrechtelijke processuele normen zijn van openbare orde. Partijen zijn niet vrij om daarover afspraken te maken. Daarnaast kunnen afspraken waarin afgeweken wordt van dwingend recht dat niet van openbare orde is, qua inhoud en strekking strijdig zijn met bepalingen van openbare orde. Een overeenkomst die strekt tot een inperking van dwingend recht is in strijd met de openbare orde en ingevolge art. 3:40, eerste lid, BW nietig. Zo is het niet mogelijk om na een afwijzend besluit in een overeenkomst af te spreken dat de termijn van bezwaar pas gaat lopen nadat getracht is een oplossing te vinden via een mediationtraject, aangezien in art. 6:8 Awb is bepaald dat de bezwaartermijn begint te lopen na de bekendmaking van het besluit.<sup>30</sup> Verder is een overeenkomst die tot stand is gekomen door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden op grond van art. 3:44 BW vernietigbaar.

## 6. Waarom bemiddelen?

In beide praktijkvoorbeelden is de bemiddeling beëindigd met overeenstemming tussen partijen. Vanuit een juridisch perspectief kan de vraag opkomen of de burger nu wel heeft gekregen waar hij recht op heeft. Met name bij het eerste voorbeeld (par. 3.1), lijkt de aanvrager van de bouwvergunning er bij de mediation niet zo goed van af te komen. Waarom compenseert de aanvrager zijn buurman überhaupt? Als aan alle regelgeving is voldaan, dan heeft hij toch recht op de bouwvergunning die hij heeft aangevraagd? Een mogelijke verklaring is dat de aanvrager zo snel mogelijk het conflict met zijn buurman op wil lossen, zodat hij kan beginnen met de bouw van de woning. Door zijn buurman te compenseren kan de aanvrager toekomstige bestuursrechtelijke en civielrechtelijke procedures voorkomen. Daarmee wint hij niet alleen tijd, maar bespaart hij ook de nodige kosten van gerechtelijke procedures.

Waarom maakt het bestuur in dit praktijkvoorbeeld gebruik van bemiddeling? Als het primaire besluit tot verlening van de bouwvergunning rechtmatig is, dan zijn de bezwaren van de buurman toch ongegrond? Waarom bemoeit het bestuur zich met een conflict tussen particulieren? Beredeneerd kan worden dat het efficiënt en effec-

---

<sup>29</sup> Zie K.J. de Graaf, 'Schikken hangende beroep. Over mogelijkheden en consequenties van schikken in het bestuurs(proces)recht', *JBplus* 2005, p. 179-180.

<sup>30</sup> Het voorbeeld is ontleend aan E. Schutte & J. Spierdijk m.m.v. A.F.M. Brenninkmeijer, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007, p. 26. Bij gebruik van bemiddeling in de besluitvormingsfase kan niet worden afgeweken van de wettelijke termijnen. Art. 7:10, vierde lid, Awb biedt echter de mogelijkheid om in de bezwaarfase de beslistermijn op te schorten met instemming van belanghebbenden. Hierover kunnen wel rechtsgeldige afspraken worden gemaakt. Zie over termijnen en bemiddelen in de besluitvormingsfase: De Graaf 2004, p. 40-41; Wiggers-Rust 1999, p. 62-63.

tief is om een conflict in een zo vroeg mogelijk stadium op te lossen. Door vroegtijdig in de bestuurlijke fase een conflict te beëindigen, kan voorkomen worden dat problemen onnodig op het bord van de rechter terecht komen. In de literatuur wordt bemiddeling in de besluitvormingsfase daarom wenselijk geacht.<sup>31</sup> De winst voor het bestuur is dat het niet meegetrokken wordt in een juridische procedure tussen particulieren, die over de band van het bestuursrecht wordt uitgevochten. Naast effectiviteit en efficiency kan bemiddeling bijdragen aan de behoorlijkheid van het overheidsoptreden. Zo is het UWV begonnen met een mediationproject om de klantgerichtheid van de dienstverlening in bezwaar en beroep te verbeteren.<sup>32</sup> Tot slot kan onder omstandigheden van het een bestuur een bemiddelende rol worden verlangd op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel. Interessant is dat het bestuur door de voorzieningenrechter in een tweetal gevallen uitdrukkelijk op zijn bemiddelende rol is gewezen. De onderzoeksplicht van art. 3:2 Awb omvat in deze jurisprudentie de rechtsplicht voor het bestuur om de mogelijkheid van een minnelijke oplossing te onderzoeken.<sup>33</sup>

## 7. Slot

Een belangrijk uitgangspunt van mediation is dat alle aspecten van een conflict bij de onderhandelingen over een oplossing worden betrokken. Het specialiteitsbeginsel lijkt in de weg te staan aan de bij bemiddeling gewenste integrale behandeling van een conflict. Uit het voorgaande blijkt echter het tegendeel. De onderhandelingsruimte bij bestuursrechtelijke conflicten omvat meer dan enkel de beleidsvrijheid van het bestuur bij het te nemen besluit. De praktijkvoorbeelden van succesvolle mediation laten zien dat belangen die gelet op de gematigde uitleg van het specialiteitsbeginsel geen rol mogen spelen bij de belangenafweging van het betrokken besluit, zoals vreemde algemene belangen en particuliere belangen van derden waarvan duidelijk is dat de wetgever die buiten de belangenafweging heeft willen houden, wél betrokken kunnen worden in de onderhandelingen over een mogelijke oplossing voor een conflict. Een belangrijk aandachtspunt is dat de bereikte overeenstemming op een juiste wijze juridisch wordt vertaald. Het bestuur moet bezien of een gevonden oplossing binnen de publiekrechtelijke kaders te realiseren is.

Naast het aspect van onderhandelingsruimte, leidt de toepassing van bemiddeling bij bestuursrechtelijke conflicten tot andere juridische vragen. Zo wordt een geslaagde mediation ingevolge art. 14 NMI-reglement 2001 doorgaans beëindigd met een vaststellingsovereenkomst. Het bestuursrecht gaat evenwel uit van een besluitvormingsfase die eindigt met een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Na een geslaagde bemiddeling wordt de rechtsverhouding tussen partijen niet alleen bepaald door het besluit, maar ook door de overeenkomst. De afdwingbaarheid van een vaststellingsovereenkomst vormt een serieus probleem voor bemiddeling bij bestuursrechtelijke conflicten. Het kan zijn dat een van de contractpartijen de overeenkomst niet kan of wil nakomen. Een ander risico is dat derden niet gebonden kunnen worden aan een

---

<sup>31</sup> O.a. D. Allewijn, *Met de overheid om tafel. Vertrouwen in de overheid als centraal thema in mediation*, Den Haag: SDU Uitgevers 2007, p. 15 e.v.; VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: BJu 2004, p. 164-165.

<sup>32</sup> Samen werken aan de oplossing voor het bezwaar 2005, p. 3; Samen werken aan de oplossing voor het bezwaar 2006, p. 9.

<sup>33</sup> Zie H.D. Tolsma, 'Bemiddelen in de besluitvormingsfase. Een plicht voor het bestuur?', *NTB* 2006, p. 69-75; Vz. ARRvS 28 juni 1993, *AB* 1994, 422 (Kater Napoleon); Vz. ARRvS 23 september 1986, *tB/S* 1986, 210 m.a. BdW.

vaststellingsovereenkomst waarbij zij geen partij zijn. Het is de vraag of het bestuurs(proces)recht voldoende is toegesneden op het beslechten van conflicten die voortvloeien uit een overeenkomst die is gesloten in een mediationprocedure.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> In mijn promotieonderzoek worden verschillende onderwerpen belicht, zoals de rechtsbescherming van betrokkenen, de vertrouwelijkheid van bemiddeling en de mogelijkheden om nakoming te vorderen.